Die Bürgschaftsschuld und der Forderungsübergang des § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Fritz Havemann

Gerichtsassessor.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Bernhöft

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0022

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Die Bürgschaftsschuld.
1. Des römischen Rechts 1
2. Des germanischen Rechts 3
3. Des Bürgerlichen Gesetzbuchs 4

II. Der Inhalt der Bürgenverpflichtung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
1. Der Hauptschuldner ist zur Zahlung von Geld oder einer anderen vertretbaren Leistung verpflichtet 8
2. Die Hauptschuld hat eine nicht vertretbare Leistung des Schuldners zum Gegenstand 9

III. Die Erklärung der Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.
1. Fremde Ansichten 11
2. Die für richtig gehaltene Auffassung, daß durch ordnungsmäßige Zahlung des Bürgen die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld erlöschen, und daß durch die Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. gesetzliche Ersatzansprüche für den Bürgen festgestellt sind 13

IV. Die dem zahlenden Bürgen nach § 774 Abs. 1 Satz 1 zustehenden Ersatzansprüche.
1. Der Bürge zahlt pflichtmäßig nach Fälligkeit der Hauptforderung 16
a) Die Hauptschuld hat eine Geldforderung oder eine andere vertretbare Leistung zum Gegenstand 16
b) Der Hauptschuldner ist zu einer höchstpersönlichen, nur von ihm zu erbringenden Leistung verpflichtet 16
c) Die Hauptschuld hat zwar eine vertretbare Leistung zum Gegenstand, die Leistung kann aber nur dem Gläubiger und nicht dem Bürgen erbracht werden 17
d) Die Hauptschuld hat eine vertretbare Leistung zum Gegenstand, der erfüllende Bürge hat aber kein Interesse an der Leistung 17
2. Der Bürge zahlt freiwillig vor Fälligkeit der Hauptforderung 18

V. Besondere Erörterungen für den Fall, daß vor Fälligkeit der Hauptforderung über das Vermögen des Bürgen das Konkursverfahren eröffnet wird 19

VI. Besondere Erörterungen für den Fall, daß über das Vermögen des Hauptschuldners das Konkursverfahren eröffnet und in diesem Verfahren ein Zwangsvergleich geschlossen wird 24

Literaturverzeichnis.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl.

Enneccerus, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1 u. 2. 6. Aufl.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. Jena 1850.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Heimbach, Basiliken. Bd. 3.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1896.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 187—208.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904 u. 1911.

Lehmann, Deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des deutschen Privatrechts. In Birkmeyers Enzyklopädie. 2. Aufl. Berlin 1904.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte nach Bürgerlichem Gesetzbuche. In den Blättern für Rechtspflege 1906 S. 4ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. Amtliche Ausgabe. 1888.

Motive zu dem Entwurfe einer Konkursordnung. Reichstagsdrucksache Nr. 200 der 2. Session 1874.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 2. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 2. Aufl.

Reichel, Die Schuldübernahme. München 1909.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession. Breslau 1907.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 35—276.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl.

Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 373.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.

Tacken, Der Ausgleichungsanspruch der Mitbürgen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1907.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.

v. Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1906.

Willenbücher, Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz. Berlin 1909.

I. Die Bürgschaftsschuld.

1. Des römischen Rechts.

Über das Wesen der Bürgschaftsschuld des römischen Rechts findet sich l. 65 D. 46, 1 folgender Ausspruch Hermogenians:

Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant: nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur.

Der Grundgedanke dieser Gesetzesstelle ist in den Basiliken [1]) mit folgenden Worten wiedergegeben:

Ὁ ἐγγυητὴς ὀφείλει ὁμολογεῖν ἑαυτὸν δώσειν τι ἢ ποιήσειν, ὀν μὴν τὸν ἐναγόμενον· ἀλλότριον γὰρ ἀποτέλεσμα ἀνισχύρως ὁμολογεῖ.

Es ist von Hermogenian eine Auffassung von dem Wesen der Bürgschaftsobligation ausgesprochen, die sich erst in allmählicher Entwicklung im römischen Recht Geltung verschafft hat: nämlich daß durch den Bürgschaftsvertrag eine eigene, selbständige Leistungspflicht des Bürgen geschaffen wird. Bürgschaft wird für eine zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner bestehende Schuld übernommen. Die Verpflichtung des Bürgen besteht aber nicht darin, dafür zu sorgen, daß der Hauptschuldner seine Schuld erfülle. „Der fideiussor mag im eigenen Interesse alles tun, um den Hauptschuldner zur Erfüllung der Hauptschuld zu bewegen, seine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber erfüllt er damit nicht [2]): nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt. Die fideiussio ist ein Schuldverhältnis gewöhnlicher Art: fideiussor promittere debet se daturum facturumve aliquid.[3])

---

[1]) Heimbach Bd. 3 S. 101/02.

[2]) Geib S. 57.

[3]) Heimbach, Basiliken Bd. 3 S. 101/02.

Die Bürgschaftsschuld ist aber auch eine selbständige Schuld und von der Hauptschuld zu unterscheiden. Wenn es in den Quellen von dem Hauptschuldner und dem Bürgen heißt: eadem obligatione tenentur, so soll mit jenen Worten nur die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld zum Ausdruck gebracht und darauf hingedeutet werden, daß, solange die Hauptschuld besteht und der Hauptschuldner die ihm obliegende Vertragspflicht verletzt, auch der Bürge in Anspruch genommen werden kann. Es soll mit jenen Worten nicht gesagt sein, daß der Bürge in die Hauptschuld eingetreten und in gleicher Weise verplichtet sei wie der Hauptschuldner.[1])

Denn l. 1 D. 46, 1 heißt es: omni obligatione fideiussor accedere potest. Bürgschaft kann für jede Hauptschuld übernommen werden, also auch für eine Schuld, „deren Erfüllung nach der Absicht der Parteien oder nach der Natur des Obligationsgegenstandes nur vom Hauptschuldner und von niemandem sonst als diesem erbracht werden kann".[2]) Der Bürge kann eine gültige Bürgschaft übernehmen für eine Schuld, die er als Hauptschuldner überhaupt nicht hätte eingehen können. „Die Verbürgung von seiten eines Magistrats oder Senators für solche Schulden, die zu kontrahieren für sie unehrenhaft oder unmöglich gewesen wäre, ist gleichwohl gültig oder schicklich, ja sie kann vielleicht gerade zu einer Ehrenpflicht des Vornehmen seinem Klienten gegenüber sein."[3]) Der Bürge kann aber die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht schulden: Impossibilium nulla est obligatio. Sondern der Bürge ist verpflichtet, auf der Grundlage „der fremden Hauptschuld zur Erfüllung seiner eigenen verborum obligatio, nicht auf Grund dieser zur Erfüllung der Hauptschuld".[4]) Mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages bestehen zwei rechtlich getrennte Schuldverhältnisse: die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld.

---

[1]) vgl. Geib S. 58/59.
[2]) vgl. Geib S. 53.
[3]) vgl. Geib S. 56.
[4]) vgl. Geib S. 51.

2. Des germanischen Rechts.

Eine ganz andere Auffassung hatte das ältere germanische Recht von der Bürgschaft. Man kann hier nicht wie beim römischen Recht von einem Bürgschaftsvertrag zwischen Gläubiger und Bürgen sprechen. Im germanischen Recht wird der Bürge von dem Schuldner dem Gläubiger als ein Pfand oder doch an Pfandesstatt — loco wadii — gesetzt. „Wie ein reelles Pfand Ersatz der Zahlung war, so war auch der an Pfandesstatt — loco wadii — gesetzte Bürge Ersatz des Schuldners für den Gläubiger."[1] Der Bürge erhielt aus der Hand des Gläubigers die wadia und damit das Pfändungsrecht gegen den Schuldner. „Der Übergang der wadia aus der Hand des Gläubigers in die des Bürgen tilgte die Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger."[2] Der Schuldner wurde dem Gläubiger gegenüber frei. Dieser konnte sich nur an den von ihm angenommenen Bürgen halten. Starb der Bürge, bevor er in Anspruch genommen war, so war der Gläubiger wie bei dem Untergang eines Realpfandes seiner Rechte verlustig. Dem Bürgen lag „die Exekution gegen den Schuldner und die Zustellung der bei diesem gepfändeten Sachen an den Gläubiger ob. Erst wenn er dies nicht tut oder nichts hat erhältlich machen können, greift ihn der Gläubiger an, aber nicht auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Vertrages, sondern als sein Pfand. Der Bürge mußte nichts leisten, sondern er haftete wie ein Pfand". Die Bürgenhaftung ist ursprünglich Personalhaftung, diese der Sachhaftung völlig gleich. Die Geißelschaft entsprach der Pfandhingabe. Wie das Pfand verfiel, so fiel die Person des Bürgen in die Gewalt des Gläubigers. Diese persönliche Haftung wurde erst mit der Zeit durch die vermögensrechtliche Haftung verdrängt.[3]

Aus der Pfandstellung des Bürgen, aus seinem Eintreten an Schuldnerstatt, wurde im Verlauf der Rechtsentwicklung eine Verpflichtung des Bürgen neben dem Schuldner. In dieser

---

[1] Heusler S. 241.

[2] Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 468.

[3] Westerkamp S. 144; Lehmann, Enzykl. der Rechtsw., Berlin 1904; Hübner S. 470.

Entwicklung sind die Partikularrechte und die vielen Statuten des Mittelalters verschiedene Wege gegangen. Vorwiegend bestimmen die Gesetze eine subsidiäre Haftung des Bürgen. Er kann erst in Anspruch genommen werden, wenn sich der Schuldner mit der Erfüllung seiner Schuld im Verzuge befindet.

In anderen Gesetzen ist der Bürge solidarisch mit dem Schuldner verpflichtet. Einige Gesetze, welche der ursprünglichsten Form der Bürgschaft am nächsten kommen, lassen den Bürgen an erster Stelle und erst subsidiär den Schuldner verhaftet sein. Der Gläubiger soll sich zunächst an den Bürgen halten, wendet er sich direkt an den Schuldner, so wird der Bürge frei. In dem Zugriff des Gläubigers gegen den Schuldner wurde ein Verzicht auf die Vermittlung des Bürgen und ein Verzicht auf dessen Haftung erblickt.

3. Des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Was nun das geltende Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anlangt, so gibt der § 768 Abs. 1 eine Definition der Bürgschaft dahin: Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Das Bestehen einer Hauptschuld ist also Voraussetzung der Bürgschaft. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch für eine zukünftige Forderung eine gültige Bürgschaft bestellt werden kann (§ 765 Abs. 2 BGB.). Die Bürgschaft ist dann suspensiv bedingt.

Durch den Bürgschaftsvertrag wird auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen begründet. Man hat auf der Grundlage des germanischen Obligationenrechts auch für das Bürgschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Trennung von Schuld und Haftung annehmen wollen. Besonders Isay[1]) nennt die Bürgschaft „das typische Beispiel für das Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis bezüglich ihres Subjekts“. Der Gedanke, daß auch im modernen Recht der Schuldverhältnisse der Begriff Schuld und Haftung

[1]) Isay in Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 193.

notwendig zu trennen sei, hat Anhänger gefunden. Es besteht aber unter den Vertretern „der Theorie von Schuld und Haftung“ keineswegs Einverständnis darüber, was Haftung zu nennen und wie Haftung von Schuld abzugrenzen sei.[1]) Es mag möglich sein, daß „eine zukünftige Gesetzgebung der begrifflichen Selbständigkeit der Haftungsverhältnisse Rechnung tragen und dem Recht der Haftungsverhältnisse ein besonderes Buch widmen, also die Bürgschaft aus dem Obligationenrecht, Reallast, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht usw. aus dem Sachenrecht herausnehmen wird“.[2]) Für das geltende Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist aber die Ansicht zurückzuweisen, daß derjenige, der eine gültige Bürgschaft übernimmt, nicht schuldet, sondern nur haftet. Ein derartiger Gedanke hat den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zugrunde gelegen. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausdrücke „Verbindlichkeit“, „Verpflichtung“, „Schuld“, „Forderung“, „Erfüllung“ gebraucht, so bedeutet dies nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes nichts anderes als „Schuldverhältnis“ im engeren Sinne vom Standpunkt bald des Schuldners, bald des Gläubigers aus betrachtet.[3]) Auch die Worte „Schuld“ und „Haftung“ bedeuten nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Gegensätze.

Nun gebraucht das BGB. im § 766 die Worte: soweit der Bürge die „Hauptverbindlichkeit“ erfüllt.

Weiter heißt es: § 767: für die „Verpflichtung“ der Bürgen, § 769: mehrere Bürgen haften als „Gesamtschuldner“, § 773: die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen, wenn der Bürge sich als „Selbstschuldner“ verbürgt hat, § 775 Ziff. 4: wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf „Erfüllung“ erwirkt hat. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Bürgschaftsübernahme ein „Schuld“verhältnis begründet. Es ist nicht richtig, daß der Bürge nur „haftet“ und nicht „schuldet“.[4])

Das Schuldverhältnis, welches durch die Bürgschaftsübernahme zwischen dem Gläubiger und Bürgen begründet wird, ist

[1]) Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 56.

[2]) Isay in Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 206.

[3]) vgl. Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 77.

[4]) vgl. auch die Ausführungen von Reichel S. 68ff.

aber auch von demjenigen zu unterscheiden, welches zwischen dem Hauptschuldner und Gläubiger besteht. Nach der Bestimmung des § 766 Satz 2, in der es heißt: „soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt", könnte es scheinen, als ob der Bürge mit der Übernahme der Bürgschaft die Hauptverbindlichkeit schuldet. Dann würden der Hauptschuldner und der Bürge eine Leistung in der Weise schulden, „daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist" (Gesamtschuldner, § 421 BGB.). Ein derartiges Gesamtschuldverhältnis wird aber durch die Bürgschaftsübernahme nicht begründet.

Die Bestimmung des römischen Rechts: omni obligationi fideiussor accedere potest gilt auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann für jede rechtliche Verbindlichkeit Bürgschaft übernommen werden. Die Ansicht, „daß sich die Bürgschaft von selbst verbiete, wenn sich die Hauptschuld ihrem Inhalt nach als eine von der Person des Hauptschuldners untrennbare höchstpersönliche Dienstleistung darstelle",[1]) findet im Gesetz keine Stütze. § 765 BGB. läßt für Ausnahmen keinen Raum. In den Motiven heißt es auch: „Durch die Fassung des Entwurfs ist auch die Deutung ausgeschlossen, Bürgschaft sei nur zulässig für eine Geldforderung, oder der Bürge hafte nur für Schadensersatz wegen Nichterfüllung von seiten des Hauptschuldners".[2]) Es muß mit der herrschenden Meinung angenommen werden, daß auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Bürgschaft für Verpflichtungen aller Art übernommen werden kann.[3])

Würde nun der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag zur Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet werden, so müßte der Bürgschaftsvertrag nichtig sein, wenn die Hauptschuld eine höchstpersönliche Leistung zum Gegenstand hat. Denn eine höchstpersönliche Leistung eines bestimmten Schuldners zu erbringen ist für jeden Dritten objektiv unmöglich, und „ein auf

[1]) Seyfferth § 2 bei Westerkamp S. 154/55.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 659.

[3]) vgl. z. B. Planck § 765 Anm. 7 S. 834; Oertmann Vorbem. 3 zu § 765; Westerkamp S. 155 u. a.

eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig (§ 306 BGB.)".

Somit ist auch für das Bürgschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dasselbe Ergebnis festzustellen, welches in dem ersten Teil der Arbeit für das römische Recht gefunden wurde:

Durch Übernahme der Bürgschaft wird ein Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und Bürgen begründet. Die Bürgschaftsschuld ist eine von der Hauptschuld verschiedene Verpflichtung. Es wird keine Gesamtschuld im Sinne des § 421 BGB. begründet. „Die Schuld des Bürgen lehnt sich an den primären Leistungsinhalt der Hauptobligation, deckt sich aber nicht damit."[1])

Mit der vorstehend vertretenen Auffassung der Bürgschaftsschuld stimmt auch das Reichsgericht überein. Wenn auch RG. Bd. 64 S. 318 auffallenderweise gesagt ist: „nicht jede Gesamtschuldbegründung enthalte eine Verbürgung", so ist doch RG. Bd. 53 S. 403 ausdrücklich ausgeführt, daß die Bestimmungen über „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern" auf die Bürgschaft nur insoweit Anwendung finden, als bei den Bestimmungen über die Bürgschaft darauf Bezug genommen ist. Dies ist nach §§ 769, 774 Abs. 2 BGB. nur hinsichtlich der Mitbürgenhaftung geschehen. Auch die in Seufferts Arch. Bd. 66 Nr. 232 abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. 3. 1911 mag noch für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht angeführt werden.

Ob der Bürge eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hat, ändert an der rechtlichen Natur der Bürgschaft nichts. Dies bedeutet nur, daß der Bürge auf die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage, die ihm nach § 771 BGB. zusteht, verzichtet hat. In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch heißt es deshalb auch: die Übernahme einer Bürgschaft als Selbstschuldner ... ist nur als Übernahme einer gewöhnlichen Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu betrachten.[2])

---

[1]) Marcus, Grundfragen, in Bl. f. Rechtspfl. 1906 S. 4.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 670.

II. Der Inhalt der Bürgenverpflichtung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Der Hauptschuldner ist zur Zahlung von Geld oder zu einer anderen vertretbaren Leistung verpflichtet.

Ist in dem vorigen Abschnitt der Arbeit festgestellt, daß mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages zwei Verpflichtungen bestehen: die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld, so bleibt die von selbst auftretende Frage zu beantworten: welchen Inhalt hat denn die Bürgenverpflichtung? Es ist klargelegt, daß der Bürge nicht die Hauptschuld schuldet. Nach den Worten des Gesetzes verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Einstehen für das pflichtmäßige Tun eines andern ist also Inhalt der Bürgenverpflichtung. Dem Gläubiger soll durch die Übernahme der Bürgschaft Sicherheit dafür gegeben werden, daß der Hauptschuldner die ihm obliegende Verpflichtung auch erfüllt. Der Bürge ist dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet, durch die der Gläubiger zu dem Erfolge kommt, der ihm auf Grund der Hauptschuld gewährt werden muß. Die dem Bürgen im einzelnen obliegenden Pflichten ergeben sich aus § 767 Satz 1 BGB., welcher bestimmt, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit für die Verpflichtung des Bürgen maßgebend ist. Dieser allgemeine Grundsatz muß aber dahin eingeschränkt werden, daß die durch Abschluß des Bürgschaftsvertrags für den Bürgen entstandene Verpflichtung an dem tatsächlichen Können des Bürgen seine Grenze findet. Der Bürge kann niemals zu einer Leistung verpflichtet sein, die zu erbringen für ihn von vornherein objektiv unmöglich ist.

Folgt man den vorstehend angeführten Grundsätzen, so ergibt sich als Inhalt der Bürgenverpflichtung folgendes:

Ist der Hauptschuldner zur Zahlung von Geld oder zu einer anderen vertretbaren Leistung verpflichtet, so schuldet der Bürge auf Grund des Bürgschaftsvertrages dieselbe Leistung. Tatsächlich würde der mit Erfolg in Anspruch genommene Bürge dasselbe leisten wie der Schuldner, rechtlich würde er aber

nicht die Hauptschuld, sondern die Bürgschaftsschuld erfüllen. Da nun für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend ist, so besteht mit Fälligkeit der Hauptschuld auch eine fällige Bürgschaftsschuld. Es muß aber hervorgehoben werden, daß der Gläubiger auch bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht der Verpflichtung enthoben ist, sich zunächst überhaupt an den Hauptschuldner zu wenden. Sicherung des Gläubigers ist der Grundzweck der Bürgschaft. Einzustehen hat der Bürge dafür, daß der Hauptschuldner seine Verpflichtungen erfüllt. Daraus ergibt sich — vgl. auch § 157 BGB. — für den Gläubiger die Verpflichtung, daß er, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt, sich zunächst überhaupt an den Hauptschuldner wendet und von ihm Erfüllung begehrt. Was der Gläubiger im einzelnen zu tun hat, ist nach dem Tatbestand des Einzelfalls zu entscheiden.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß schon im römischen Recht derartige Gedanken ausgesprochen sind, wenn gesagt ist:

> Non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor, quam si recipere a debitore non possit (Quinctilian decl. 273)

und:

> Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur (Gai. D. 47, 1).[1])

2. Die Hauptschuld hat eine nicht vertretbare Leistung des Schuldners zum Gegenstand.

Ist nun der Hauptschuldner zu einer höchstpersönlichen Leistung verpflichtet, die nur von ihm erbracht werden kann, so kann die Bürgenverpflichtung nicht darauf gerichtet sein, diese Leistung zu erbringen. Es würde ja sonst eine wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtige Obligation vorliegen.

Der Bürge ist auch nicht verpflichtet, die Erfüllung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner herbeizuführen. Natürlich

---

[1]) vgl. Reichel S. 82.

wird der Bürge schon im eigenen Interesse alles tun, um den Hauptschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bewegen. Weigert sich aber der Hauptschuldner, der ihm obliegenden Verpflichtung — z. B. der Herstellung eines Gemäldes — nachzukommen, so hat der Bürge gegen ihn keine Zwangsmittel, mit denen er die Erfüllung erwirken könnte. Das Gesetz fordert aber auch nichts von dem Bürgen, was er nicht erbringen kann. Er soll einstehen dafür, daß der Hauptschuldner erfüllt, er soll dem Gläubiger Sicherheit gewähren, soweit dies in seinen Kräften steht. Deshalb ist anzunehmen, daß dem Gläubiger bei einer höchstpersönlichen Schuld des Hauptschuldners gegen den Bürgen auf Grund des Bürgschaftsvertrages eine Geldersatzforderung zusteht.

Dieses Ergebnis wird auch dem Zwecke der Bürgschaft völlig gerecht. Auch der Gläubiger wird von dem sich ernstlich weigernden Hauptschuldner niemals die Erfüllung der höchstpersönlichen Leistung erzwingen können. Hinter der höchstpersönlichen Leistungspflicht des Hauptschuldners steht auch dessen Vermögenshaftung. Schließlich schuldet auch der Hauptschuldner nur einen Geldwert, das Interesse des Gläubigers an der Lieferung. Nur diese Werte kann sich der Gläubiger durch Zwangsmittel verschaffen. Es gleichen die vorhin festgestellten Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen den erzwingbaren Rechten, welche der Gläubiger in einem späteren Stadium der Hauptschuld gegen den Hauptschuldner hat.

Nun entsteht die Geldersatzforderung des Gläubigers gegen den Bürgen mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages. Dieser Anspruch ist aber erst fällig in dem Augenblick, in dem sich die Hauptschuld in eine Geldforderung verwandelt hat. Es würde dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft widersprechen, wenn der Gläubiger mit Fälligkeit der Hauptschuld einen fälligen Ersatzanspruch gegen den Bürgen hätte. Der Gläubiger kann doch nicht gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Herstellung des Werkes und gleichzeitig einen fälligen Geldersatzanspruch gegen den Bürgen haben. Der Bürge würde in diesem Falle zu einer schwereren Schuld als der Hauptschuldner verpflichtet sein; denn es sind noch eine Reihe Handlungen des

Gläubigers erforderlich (vgl. §§ 326 ff. BGB.), damit die Hauptschuld in eine Geldersatzforderung umgewandelt wird. Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaftsschuld ist zu folgern, daß die Ersatzforderung des Gläubigers gegen den Bürgen erst in dem Augenblick fällig wird, in dem sich die Hauptschuld in eine Geldschuld verwandelt. Ist dies geschehen, so gelten wegen der einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten die Ausführungen, welche oben unter der Annahme gemacht sind, daß die Hauptschuld eine Geldforderung zum Gegenstand hatte.

III. Die Erklärung der Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB.

1. Fremde Ansichten.

Bei den vorhin festgestellten Grundsätzen über das Wesen der Bürgschaftsschuld erscheint es in doppelter Hinsicht auffällig, wenn der § 774 Abs. 1 BGB. bestimmt: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über". Denn der Bürge schuldet die Bürgschaftsschuld und nicht die Hauptschuld, er wird doch auf Grund des Bürgschaftsvertrages in Anspruch genommen. Und ferner: „wenn der Bürge den Gläubiger ‚befriedigt', so tilgt er dessen Forderung. Wenn er diese aber ‚tilgt', so geht sie unter und kann daher auch nicht auf den Bürgen übergehen und in dessen Person fortleben".[1])

Schon die römischen Juristen erkannten in entsprechenden Fällen die Schwierigkeit der juristischen Konstruktion. Sie halfen sich damit, daß sie annahmen, der zahlende Bürge kaufe dem Gläubiger die Forderung ab (vgl. z. B. Paulus l. 36 D. 46, 1: quodam modo nomen debitoris vendibit).[2])

Diese „Juliansche Idee des Forderungskaufs" — wie sie Schulz nennt —[3]) hat auch für das Recht des Bürgerlichen

[1]) Tacken, Der Ausgleichungsanspruch der Mitbürgen S. 7.

[2]) vgl. auch für das gemeine Recht Hasenbalg, Die Bürgschaft S. 414, 419, 422 Anm. 19; Girtanner, Bürgschaft S. 536 ff.

[3]) Schulz S. 26.

Gesetzbuchs Anhänger gefunden, besonders wohl auf Grund der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.[1]) Nach den Motiven beruht die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. auf der Unterstellung, daß der Bürge dem Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, so daß diese Forderung trotz der Befriedigung der Gläubiger bestehen bleibt. Für diese Auffassung haben sich besonders Siber[2]) und Oertmann[3]) ausgesprochen. Siber führt aus: Der zahlende Bürge will nicht erfüllen, sondern erwerben, er leistet zum Zwecke des Erwerbes der Hauptverbindlichkeit. Die Zahlung des Bürgen werde nicht solvendi, sondern emendi animo vollzogen, sagt Oertmann. Die Forderung gegen den Hauptschuldner werde also auch nicht getilgt, sondern könne auf den Bürgen übergehen.

Diese Auffassung mußte Widerspruch finden. Eine derartige vertragsmäßige Abgabe der Forderung kann nicht in Frage kommen. Man kann den Parteien nicht bald diesen, bald jenen Willen unterstellen. Würde ein Kauf vorliegen, so müßten doch auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kauf zur Anwendung kommen. Es ist aber im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends nur eine Andeutung zu finden, daß zwischen dem Zahlenden und dem durch ihn abgefundenen Gläubiger die Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer bestehen sollten.[4]) So sagen auch die Motive: Geht eine Forderung unmittelbar kraft des Gesetzes auf einen neuen Gläubiger über . . ., so findet keineswegs Haftung des bisherigen Gläubigers, weder für den rechtlichen Bestand der Forderung noch für die Güte der Forderung statt.[5]) Die Auffassung, daß der zahlende Bürge die Hauptforderung „kaufe", ist für das Bürgerliche Gesetzbuch zurückzuweisen.

Andere Schriftsteller haben zur Grundlage ihrer Erklärung des § 774 Abs. 1 BGB. Gedanken, welche bereits Hartmann

[1]) Mot. Bd. 2 S. 674.
[2]) Siber, Rechtszwang S. 248.
[3]) Oertmann Anm. 1 B zu § 774.
[4]) Stammler, Schuldverhältnisse S. 202.
[5]) Mot. Bd. 2 S. 127.

für das gemeine Recht ausgesprochen hat. Nach Hartmann bewirkt die Zahlung nur die Tilgung einer Obligation, „sofern der der Obligation innewohnende Zweck wirklich erreicht werde“.[1]) Die Zahlung des Bürgen habe eine beschränkte Tilgungswirkung, „sie wirke nur relativ und beziehungsweise“.[2])

Diese Gedanken sind dann von verschiedenen Schriftstellern weiter ausgebaut. So unterscheidet Kremer zwei Arten der Erfüllung, eine eigentliche mit voller Tilgungswirkung und eine nur formelle oder äußerliche Erfüllung, die nach dem Wesen und den Rechtswirkungen eher als eine „kaufweise Zession“ erscheine. Von dieser Art sei die Zahlung des Bürgen.[3])

In ähnlicher Weise führt Strohal aus, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne neben der Zahlung mit „Tilgungswirkung“ auch eine sogen. „Einlösungszahlung“. „Den Charakter der Einlösungszahlung habe insbesondere die Zahlung des Bürgen.“[4])

2. Die für richtig gehaltene Auffassung, daß durch ordnungsmäßige Zahlung des Bürgen die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld erlöschen, und daß durch die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. gesetzliche Ersatzansprüche für den Bürgen festgestellt sind.

M. E. gehen alle Erklärungen, welche von einer „relativen Wirkung“ der Leistung des Bürgen sprechen, fehl.

§ 362 BGB. bestimmt: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“. So ist es auch bei der Bürgschaft. Man muß sich nur klar darüber sein, daß mit Übernahme der Bürgschaft zwei Schuldverhältnisse bestehen. In der erwähnten Digestenstelle heißt es: fideiussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant, und auch für das Bürgschaftsrecht des Bürger-

---

[1]) Hartmann, Obligation S. 50 ff.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 51.
[3]) Kremer bei Tacken S. 9.
[4]) Strohal in DJZ. 1903 S. 373.

lichen Gesetzbuches ist oben das Ergebnis gefunden, daß durch den Bürgschaftsvertrag eine von der Hauptschuld verschiedene Bürgschaftsschuld begründet wird. Leistet der Bürge, so tilgt er seine eigene Schuld, eine von der Hauptschuld verschiedene Schuld. Durch seine Leistung ist die Bürgschaftsschuld nach § 362 Abs. 1 BGB. erloschen. Deshalb kann man auch von einer „Relativität" der Bürgenzahlung nicht sprechen.

Hiermit ist aber die Wirkung der Leistung des Bürgen noch nicht erschöpft. Um die weiteren Folgen zu erkennen, muß man vom Standpunkt des Gläubigers ausgehen. Wenn dieser gegen den Bürgen Ansprüche aus der Bürgschaftsübernahme geltend macht, so geschieht dies doch in folgender Erwägung.

Nachdem mich der Schuldner nicht befriedigt hat, wie es das zwischen mir und ihm bestehende Schuldverhältnis verlangte, wende ich mich zu meiner Befriedigung an den Bürgen. Der Gläubiger muß sich klar darüber sein, daß er auf Grund der Hauptschuld nicht zweimal Leistung verlangen kann. Mag auch keine ausdrückliche Erklärung vorliegen, so ist doch damit, daß der Gläubiger von dem Bürgen Zahlung verlangt, durch konkludente Handlungen erklärt: Als Erfüllung desjenigen, was mir der Hauptschuldner schuldet, will ich dasjenige nehmen, was mir der Bürge auf Grund des Bürgschaftsvertrages schuldet. Leistet der Bürge und nimmt der Gläubiger diese Leistung an, so hat er hinsichtlich der Hauptschuld eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt angenommen und das zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehende Schuldverhältnis ist erloschen. § 364 BGB. bestimmt: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. Hiermit mag auch erklärt werden, daß der § 766 Satz 2 BGB. bestimmt: soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt. So erklärt sich, daß die Hauptschuld erlischt, trotzdem der Bürge seine Bürgschaftsschuld erfüllt.

Ist die Hauptschuld durch die Leistung des Bürgen erloschen, so besteht nunmehr folgender Rechtszustand:

Der Gläubiger ist befriedigt. Er kann keine Ansprüche mehr geltend machen.

Der Hauptschuldner ist von seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber befreit.

Diese Vermögensverschiebung ist auf Kosten des leistenden Bürgen zugunsten des Hauptschuldners erfolgt. Der Bürge hat neben seiner Bürgschaftsschuld eine für ihn fremde Schuld erfüllt. Um Ersatz zu erhalten, kann der Bürge auf ein zwischen ihm und dem Hauptschuldner schon bestehendes Rechtsverhältnis — besonderer Auftrag — zurückgehen, oder er kann auch nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, event. auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Hauptschuldner Ansprüche geltend machen. Diese Ansprüche werden aber nicht immer durchzuführen sein. Jedenfalls muß der Bürge das Bestehen eines derartigen Rechtsverhältnisses beweisen und seine Ersatzforderung im einzelnen begründen. Der Bürge soll aber auch nicht allein auf diese Ansprüche angewiesen sein. Das Gesetz hat zu seinem Schutze helfend eingegriffen. Es hat ihm seine Rechte aus einem etwa bestehenden internen Rechtsverhältnis nicht genommen, aber ihm auch ganz unabhängig davon gesetzliche Ersatzansprüche gegeben. Und wenn § 774 Abs. 1 BGB. bestimmt: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über, so soll dies nicht heißen, die Hauptforderung geht über, denn diese ist mit „Befriedigung“ des Gläubigers erloschen, sondern die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. ist „nur ein kurzer Ausdruck dafür, um gesetzliche Ersatzansprüche sowohl in ihrem Inhalt als in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Worte zu kennzeichnen“.[1])

Das Gesetz hat den leistenden Bürgen in eine möglichst günstige Stellung bringen wollen, deshalb ist der Ausdruck gewählt: „die Forderung geht über“. Es sollen dem Bürgen auch die für die Hauptforderung bestehenden Sicherungen zugute kommen. Mit den Worten „die Forderung geht über“ soll ausgedrückt sein, daß die gegebene Ersatzforderung inhaltlich grundsätzlich mit der Hauptforderung gleich sein soll.

[1]) Stammler S. 203; vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 226 I, 2; Matthiaß S. 367 g.

IV. Die dem zahlenden Bürgen nach § 774 Abs. 1 BGB. zustehenden Ersatzansprüche.

1. Der Bürge zahlt pflichtmäßig nach Fälligkeit der Hauptforderung.

Ist nach den vorstehenden Ausführungen allgemein festgestellt, daß dem zahlenden Bürgen grundsätzlich Ersatzforderungen gegen den Schuldner zustehen, so wird jetzt zu prüfen sein, wann dem Bürgen solche Forderungen zuzusprechen sind und welchen Inhalt diese Forderungen haben.

Es wird zunächst davon ausgegangen, daß die Hauptschuld fällig ist, und daß der Bürge in Anspruch genommen wird, weil der Hauptschuldner schuldhafterweise nicht leistet.

a) Wird auf Grund der Hauptforderung eine vertretbare Leistung geschuldet, hat z. B. der Gläubiger von dem Schuldner 1000 Mk. zu fordern, so erwirbt der zahlende Bürge eine gleiche Forderung von 1000 Mk. als Ersatzforderung gegen den Schuldner. Auch wenn der Bürge nur einen Teilbetrag, z. B. 500 Mk., an den Gläubiger bezahlt, bestehen Schwierigkeiten nicht. Nach den obigen Ausführungen erlöschen Haupt- und Bürgschaftsschuld in Höhe der geleisteten und von dem Gläubiger angenommenen Zahlung. Der Bürge erwirbt einen Ersatzanspruch in Höhe von 500 Mk. gegen den Schuldner. Das Gesetz hat auch dafür gesorgt, daß der Gläubiger eine Teilleistung des Bürgen als Erfüllung der Hauptschuld annehmen kann, und bestimmt, daß die Ersatzansprüche des Bürgen nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden können (§ 774 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

b) Ist der Hauptschuldner zu einer höchstpersönlichen, nur von ihm zu erbringenden Leistung verpflichtet, so kann der Bürge, wie oben dargelegt ist, erst in Anspruch genommen werden, wenn sich diese Forderung in eine Geldforderung verwandelt hat. Es werden also auch besondere Schwierigkeiten wegen der dem Bürgen zuzubilligenden Ersatzansprüche nicht vorliegen. Es kann auf die soeben unter a gemachten Erörterungen verwiesen werden.

c) Anders liegt der Fall, wenn die Hauptschuld zwar eine vertretbare Leistung zum Gegenstand hat, diese Leistung aber nur dem Gläubiger und nicht einem anderen erbracht werden kann. Man denke z. B. daran, daß der Hauptschuldner verpflichtet ist, auf dem Grundstück des Gläubigers eine Mauer zu errichten, oder einen dem Gläubiger gehörgen Teich abzulassen oder ein Haus des Gläubigers zu streichen. Nach dem vorhin festgestellten Inhalt der Bürgenverpflichtung würde der mit Erfolg in Anspruch genommene Bürge in diesen Fällen auf Grund der Bürgschaftsschuld tatsächlich dieselbe Leistung erbringen, zu der auch der Hauptschuldner verpflichtet war. Also: die Mauer errichten, den Teich ablassen, das Haus streichen. Nun hat das Gesetz die Übernahme von Bürgschaft für alle Arten von Forderungen zugelassen. Es hat als notwendig angesehen, daß dem leistenden Bürgen gesetzliche Ersatzansprüche gegeben werden müssen. Sämtliche Bürgschaften sind nach einheitlichem Recht zu beurteilen. Deshalb ist es nur eine logische Folgerung, wenn man sagt, daß die gesetzlichen Ersatzansprüche dem Bürgen zugebilligt werden müssen ohne Rücksicht auf die Art der Hauptschuld. Weil aber der Bürge nach der Art des Schuldverhältnisses nicht Träger der Forderung sein kann, so sind die dem ordnungsmäßig leistenden Bürgen zustehenden gesetzlichen Ersatzansprüche „Geldforderungen“. Darin liegt auch keine unbillige Schädigung des Hauptschuldners. Es ist oben ausgeführt, daß der Gläubiger auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft sich zunächst an den Hauptschuldner wenden muß und erst dann den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Wenn der Hauptschuldner bei Fälligkeit der Forderung seiner vertraglichen Verpflichtung schuldhafterweise nicht nachkommt, so mag er die Folgen tragen und nunmehr zur Zahlung der Geldersatzforderung verpflichtet sein.

d) Besondere Erörterungen erscheinen noch für den Fall notwendig, daß der Hauptschuldner eine vertretbare Leistung schuldet, der erfüllende Bürge aber kein Interesse an dieser Leistung hat. Es tritt die Frage auf, ob der Bürge in solchem Fall Geldersatzansprüche nach § 774 Abs. 1 BGB. oder doch Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Nach den obigen Ausführungen erwirbt der Bürge nach § 774 Abs. 1 BGB. eine

Forderung, welche der Hauptforderung inhaltlich gleich ist. Der Bürge kann auch Träger der Hauptforderung sein. Er erwirbt nach § 774 Abs. 1 BGB. keine Geldersatzforderung, sondern eine Forderung mit dem gleichen Inhalt wie die Hauptforderung. Ob der Bürge auf Grund dieser Forderung eine Schadensersatzforderung geltend machen kann, hängt davon ab, ob er von Anfang an kein Interesse an der Leistung hatte, oder ob dieser Tatbestand erst infolge schuldhafter Nichtleistung des Hauptschuldners eingetreten ist. Hatte der erfüllende Bürge von Anfang an kein Interesse an der Leistung, so gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte, ihm Schadensersatzansprüche zuzusprechen. Der Hauptschuldner würde auch zu Unrecht benachteiligt. Es ist zu bedenken, daß die Bürgschaft ohne, ja sogar gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen werden kann. Wie der Gläubiger durch Fristsetzung . . . die ursprüngliche Forderung in eine Schadensersatzforderung verwandeln konnte, so muß auch der Bürge erst die im Gesetz vorgeschriebenen Handlungen vornehmen, wenn er Schadensersatzansprüche erheben will.

Anders liegt m. E. der Fall, wenn der Bürge infolge der Nichtleistung des Hauptschuldners an der Erfüllung der ursprünglich geschuldeten Leistung kein Interesse mehr hat. In diesem Fall kann auch der Bürge nach den allgemein für die Schuldverhältnisse gegebenen Bestimmungen wegen mangelnden Interesses statt der ursprünglichen Leistung Schadensersatz fordern.

2. Der Bürge zahlt freiwillig vor Fälligkeit der Hauptforderung.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Bürge freiwillig vor Fälligkeit der Hauptforderung zahlt. In diesem Falle liegt eine Bürgenzahlung nicht vor, der die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. gesetzliche Ersatzansprüche hat zubilligen wollen. Irgendeine Notwendigkeit, dem Bürgen einen besonderen Rechtsschutz zu gewähren, ist auch nicht gegeben. Dagegen würde der Hauptschuldner zu Unrecht benachteiligt, sofern dem willkürlich eingreifenden Bürgen Ersatzansprüche zustehen sollten. Um dies besonders deutlich zu machen, mag davon ausgegangen

werden, daß der Hauptschuldner zu einer Leistung verpflichtet ist, die nur dem Gläubiger erbracht werden kann. Der Hauptschuldner ist mit Herstellung der Arbeit beschäftigt, nun erfüllt der Bürge vor Fälligkeit der Leistung im Einverständnis mit dem Gläubiger seine Bürgschaftsschuld. Sollte der Hauptschuldner, gegen dessen Willen vielleicht die Bürgschaft übernommen ist, durch eine derartige Zahlung des Bürgen zur Gegenleistung gezwungen werden können, wo er doch nur verpflichtet ist, eine bestimmte Handlung vorzunehmen? Dies ist entschieden zu verneinen. Eine freiwillige Bürgenzahlung vor Fälligkeit der Hauptforderung begründet eine Ersatzforderung nach § 774 Abs. 1 BGB. nicht. Es soll auf die vorstehenden Erörterungen hingewiesen werden, daß man die Zuerkennung der Ersatzforderung nach einheitlichen Rechtsgrundsätzen beurteilen muß. Man darf nicht den Unterschied machen, daß das Gesetz bei gleicher Bürgenzahlung dem Bürgen bei gewissen Arten der Hauptforderung Ersatzansprüche gibt und bei anderen Arten versagt. Deshalb komme ich allgemein zu dem Ergebnis, daß dem vor Fälligkeit der Hauptforderung freiwillig zahlenden Bürgen Ersatzansprüche nach § 774 Abs. 1 BGB. nicht zustehen. Es wird nach dem Tatbestand des Einzelfalls zu beurteilen sein, wie eine solche Zahlung rechtlich aufzufassen ist. In den meisten Fällen wird man Abtretung der Forderung gegen Entgelt annehmen können. Das Recht des Hauptschuldners, den ursprünglich geschuldeten Gegenstand zu liefern, bleibt aber unberührt. Der Inhalt der Verpflichtungen des Hauptschuldners ändert sich nicht, mag auch der Forderungsberechtigte, soweit dies überhaupt möglich ist, eine andere Person geworden sein.

V. Besondere Erörterungen für den Fall, daß vor Fälligkeit der Hauptforderung über das Vermögen des Bürgen das Konkursverfahren eröffnet wird.

In dem vorstehenden Abschnitt der Arbeit ist allgemein festgestellt, daß dem vor Fälligkeit der Hauptforderung freiwillig zahlenden Bürgen die gesetzlichen Ersatzansprüche des § 774

Abs. 1 BGB. nicht zustehen. Hiervon muß für einen besonderen Fall eine Ausnahme gemacht werden, dann nämlich, wenn über das Vermögen des Bürgen vor Fälligkeit der Hauptforderung oder der Bürgschaftsforderung das Konkursverfahren eröffnet, der Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag in diesem Konkursverfahren geltend gemacht wird und auch entsprechend der Konkursdividende bezahlt wird. In dem ersten Teil der Arbeit ist nachgewiesen, daß mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine besondere Verbindlichkeit des Bürgen begründet ist, und aus dem im zweiten Teil der Arbeit festgestellten Inhalt der Bürgenverpflichtung geht hervor, daß dem Gläubiger mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages ein Vermögensanspruch im Sinne der Konkursordnung zusteht. Der Gläubiger kann in einem Konkursverfahren über das Vermögen des Bürgen seine Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag geltend machen. Die Forderung ist eben eine „betagte“ Forderung im Sinne des § 65 KO., gilt aber nach den Bestimmungen dieses Paragraphen als fällig für den Konkurs. Daß es sich nicht um eine bedingte Forderung handelt, ergeben die in dem ersten und zweiten Teil der Arbeit gemachten Ausführungen. Es kann also der Fall eintreten, daß dem Gläubiger vor Fälligkeit der Hauptforderung in dem Konkurs des Bürgen auf Grund der Bürgschaftsforderung Zahlungen gemacht werden. Durch eine derartige Bürgenzahlung erlischt die Hauptforderung nicht, das Recht des Hauptschuldners, die Hauptschuld zu erfüllen, insbesondere den ursprünglich geschuldeten Gegenstand zu leisten, bleibt unberührt. Es gelten in dieser Hinsicht auch die Ausführungen, die oben bei einer vor Fälligkeit der Hauptschuld freiwillig erfolgenden Bürgenzahlung gemacht sind. Im Gegensatz zu dem damals gefundenen Ergebnis ist jetzt aber anzunehmen, daß dem zahlenden Bürgen Ersatzforderungen nach § 774 Abs. 1 BGB. zustehen. Denn der Bürge zahlte nicht willkürlich, sondern er war nach den gesetzlichen Bestimmungen der Konkursordnung verpflichtet zu zahlen. Er hat, soweit es für ihn überhaupt noch möglich war, pflichtmäßig seine Bürgschaftsschuld erfüllt, und einer pflichtmäßig erfolgten Bürgenzahlung gibt der § 774 Abs. 1 BGB. Ersatzansprüche. Um nun die rechtlichen Folgen der

Zuerkennung dieser Ersatzansprüche besonders deutlich zu machen, wird davon ausgegangen, daß der Hauptschuldner zu einer höchstpersönlichen Leistung verpflichtet war, deren Wert unstreitig 1000 Mk. beträgt. In dem Konkurse des Bürgen sind dem Gläubiger auf Grund der Bürgschaftsschuld als Konkursdividende 300 Mk. bezahlt. Dann besteht folgende Rechtslage bei Fälligkeit der Hauptschuld:

Der Gläubiger hat auf Grund der Bürgschaftsschuld einen Betrag von 300 Mk. erhalten, er hat aber gegen den Hauptschuldner auch noch einen fälligen Anspruch auf Erfüllung der Hauptschuld in voller Höhe.

Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner einen fälligen Ersatzanspruch in Höhe von 300 Mk.

Es ist danach eine Vermögensverschiebung eingetreten zugunsten des Gläubigers und zuungunsten des Hauptschuldners. Juristische Konstruktion und Logik verlangten dies für den Hauptschuldner ungünstige Ergebnis. Summum ius, summa iniuria. Das Gesetz läßt aber nicht im Stich. „Es heilt die Wunden, die es selbst schlägt.“ [1]) Es sind in den §§ 812 ff. BGB. Bestimmungen getroffen, welche diese Härten beseitigen. Nimmt man an, daß der Hauptschuldner nun die Hauptschuld erfüllt, so könnte der Bürge trotzdem noch Ersatzansprüche in Höhe von 300 Mk. gegen ihn geltend machen, während der Gläubiger Zahlung von 300 Mk. und Erfüllung der Hauptschuld erreicht hätte. Es ist offensichtlich, daß dies Ergebnis unbillig ist, und daß der Gläubiger die fraglichen 300 Mk. herauszugeben hat.

Weil der Bürge aber in Höhe seiner Bürgenzahlung Ersatzansprüche gegen den Hauptschuldner erhalten hat, so kann er einen Anspruch auf Vermögensausgleich gegen den Gläubiger nicht erworben haben. Es kann nur ein Vermögensausgleich zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger in Frage kommen. Dieser Anspruch ist auch begründet. Er ist aber nicht entstanden durch die Erfüllung der Hauptschuld. Die Erfüllung der Hauptschuld wurde nur angenommen, um die Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs besonders deutlich zu

[1]) Dernburg § 374 Abs. 4.

machen. Durch die Erfüllung der Hauptschuld hat weder der Gläubiger die fraglichen 300 Mk. erhalten, noch ist dadurch der Ersatzanspruch des Bürgen geschaffen, durch den das Vermögen des Hauptschuldners geschädigt wird. Schon vor Erfüllung der Hauptschuld besteht ein Anspruch des Hauptschuldners gegen den Gläubiger nach § 812 Satz 1 BGB. Denn durch die Zahlung des Bürgen ist das Vermögen des Gläubigers um 300 Mk. bereichert, und unmittelbar dadurch ist auch der das Vermögen des Hauptschuldners schädigende Ersatzanspruch des Bürgen in derselben Höhe entstanden. Der Gläubiger hat die fraglichen 300 Mk. auf Kosten des Hauptschuldners erhalten. Die Zahlung des Bürgen ist erfolgt auf Grund des Bürgschaftsvertrages. Durch die Bürgschaftsübernahme ist, wie oben nachgewiesen, ein von der Hauptschuld verschiedenes Schuldverhältnis begründet. Rechtliche Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner wurden durch den Bürgschaftsvertrag nicht geschaffen. Die Bürgschaft konnte sogar gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen werden. Daher ist im Verhältnis zwischen dem verlierenden Hauptschuldner und dem gewinnenden Gläubiger die Vermögensverschiebung ungerecht. Der Gläubiger hat die fraglichen 300 Mk. auf Kosten des Hauptschuldners und diesem gegenüber auch ohne rechtlichen Grund erlangt. Der Hauptschuldner hat deshalb gegen den Gläubiger auch vor Erfüllung der Hauptschuld zur Ausgleichung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung Ansprüche nach den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Satz 1 BGB.). Der Hauptschuldner kann als Bereicherungsanspruch vom Gläubiger die Befreiung von seiner Verbindlichkeit dem Bürgen gegenüber fordern, wenn er den Bürgen noch nicht befriedigt hat. Hat der Hauptschuldner bereits seine Verbindlichkeit dem Bürgen gegenüber erfüllt, so kann er von dem Gläubiger nach denselben Grundsätzen Erstattung der gezahlten 300 Mk. verlangen.

Fordert nun der Gläubiger Erfüllung der Hauptschuld oder erhebt der Hauptschuldner Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Gläubiger, so steht beiden ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. zu. Denn der in Anspruch Genommene hat aus „demselben rechtlichen Verhältnis“, auf dem

seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gegner; er ist dadurch berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern, „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird". Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht im § 273 BGB. von einem „rechtlichen Verhältnis"; das ist nicht ohne weiteres, wie Oertmann [1]) mit der herrschenden Meinung sagt, mit „Rechtsverhältnis" zu identifizieren. § 273 BGB. verlangt „ein rechtlich geregeltes Verhältnis", d. h. „Lebensverhältnis". Wann ein solches Lebensverhältnis vorliegt, das zu ermitteln ist Sache freier richterlicher Prüfung.[2]) In diesem Sinne äußern sich auch die Motive, nach denen der Richter entscheiden muß, „ob ein Auseinanderreißen der aktiven und passiven Seite eines und desselben rechtlichen Verhältnisses zum Nachteile des wegen einer Leistung Belangten stattfinden würde, ob demnach ein Retentionsrecht begründet ist oder nicht".[3]) Endlich sei noch an die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 14 [4]) erinnert, wonach ein Zurückbehaltungsrecht anerkannt ist, wenn ein natürlicher Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Ansprüchen vorliegt, daß die einseitige Geltendmachung des Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem andern Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde.[5])

Nach dem allen ist nicht zweifelhaft, daß der in Anspruch genommene Gläubiger und auch der in Anspruch genommene Hauptschuldner ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen können. Wird diese Einrede nach § 273 BGB. vorgeschützt, so hat dies nach § 274 Abs. 1 BGB. die Wirkung, daß der in Anspruch Genommene nur zur „Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung" (Erfüllung Zug um Zug) verurteilt werden kann.

Mit Feststellung dieses Ergebnisses ist auch der Beweis erbracht, daß die nach dem Gesetz für richtig und notwendig befundene Zuerkennung von Ersatzansprüchen keineswegs un-

---

[1]) Oertmann § 273 Ziff. 2.

[2]) Schlegelberger S. 88.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 41.

[4]) RG. Bd. 14 S. 233.

[5]) vgl. Staudinger Anm. II, 1b zu § 273; vgl. auch RG. in DJZ. 1904 S. 408.

billig ist, im Gegenteil allen berechtigten Ansprüchen gerecht wird. Auch ein weiterer Beweis dafür, daß die erfolgte Zubilligung der Ersatzansprüche dem Sinne des Gesetzes entspricht.

VI. Besondere Erörterungen für den Fall, daß über das Vermögen des Hauptschuldners das Konkursverfahren eröffnet und in diesem Verfahren ein Zwangsvergleich geschlossen wird.

Die in den vorstehenden Abschnitten getroffenen Entscheidungen beruhten auf dem allgemeinen Grundsatz, daß jeder pflichtmäßigen Bürgenzahlung in Höhe der gemachten Leistung auch Ersatzansprüche nach § 774 Abs. 1 BGB. zugebilligt werden müssen. Von diesem allgemein richtigen Grundsatz besteht aber eine Ausnahme für den Fall, daß in dem Konkursverfahren über das Vermögen des Hauptschuldners ein Zwangsvergleich geschlossen wird. § 193 Satz 2 KO. bestimmt: „Die Rechte des Gläubigers gegen . . . Bürgen des Gemeinschuldners werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt". Dieser Satz bedeutet, daß der Gläubiger die ihm nach dem bürgerlichen Recht zustehenden Rechte gegen den Bürgen des Gemeinschuldners geltend machen kann, ohne daß dieser berechtigt ist, einzuwenden, er habe seine Rechte durch einen ohne seine Genehmigung geschlossenen Zwangsvergleich verloren.[1]) Infolge des bestätigten Zwangsvergleichs (§ 184 KO.) braucht der Hauptschuldner an den Gläubiger von der Hauptschuld nur die dem Vergleich entsprechende Quote zu bezahlen, während dem Bürgen dieses Recht nicht zusteht. Die Bürgschaftsschuld ändert sich durch den Zwangsvergleich nicht.

Man kann das Nichterlöschen der Bürgschaftsschuld nicht damit erklären, daß man annimmt, es bestehe auch nach der Zahlung der Zwangsvergleichsquote eine Naturalobligation im Sinne des § 814 BGB. zwischen dem Gläubiger und Gemeinschuldner, soweit die ursprüngliche Hauptforderung nicht bezahlt

[1]) v. Wilmowski, KO. Anm. 11 zu § 193 S. 501.

sei. „Nach § 765 Abs. 1 BGB. hat die Bürgschaft das Bestehen einer ‚Verbindlichkeit' zur Voraussetzung, worunter nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Naturalobligation nicht zu verstehen ist." [1])

Es ist anzunehmen, daß durch die erwähnte Vorschrift des § 193 KO. eine Ausnahme von der Bestimmung des § 767 Satz 1 BGB. geschaffen ist. Das Prinzip des akzessorischen Verhältnisses zwischen Hauptschuld und Bürgschaftsschuld ist durchbrochen.

Es soll noch hervorgehoben werden, daß es nach der Bestimmung des Gesetzes für die Verpflichtung des Bürgen auch ohne Einfluß ist, ob der Gläubiger den Vergleich herbeigeführt, ob er widersprochen oder zugestimmt hat. Im gemeinen Recht war die Frage bestritten, ob die unveränderte Fortdauer der Bürgenverpflichtung von dem Verhalten des Gläubigers abhängig gemacht werden müsse oder nicht. Der § 193 KO. hat diese Streitfrage beseitigt. In den Motiven [2]) heißt es: „Legislatorisch dürfen solche Unterscheidungen nicht zugelassen werden. Nicht bloß der widersprechende Gläubiger wird zu dem Akkord gezwungen, auch der konsentierende Gläubiger fügt sich ebenfalls dem Zwang der Umstände; rücksichtlich aller Gläubiger hat der Akkord die Natur eines Zwangsvergleichs". Dem einzelnen Gläubiger steht es natürlich frei, auf seine Rechte gegen den Bürgen zu verzichten, die Gläubigerversammlung als solche aber kann über diese Rechte nicht verfügen.[3])

Wird nun über das Vermögen des Hauptschuldners das Konkursverfahren eröffnet, so sind der Gläubiger wie der Bürge Konkursgläubiger. Der Gläubiger auf Grund der Hauptverbindlichkeit, der Bürge wegen seiner event. Ersatzansprüche. Diese Rückgriffsrechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner sind bedingte Konkursforderungen; sie sind dadurch aufschiebend bedingt, daß der Bürge den Gläubiger befriedigt. Wird nun in dem Konkurse ein rechtswirksamer Zwangsvergleich ge-

[1]) Ebenso Siber, Rechtszwang S. 243; vgl. dazu bes. auch Westerkamp S. 92/93.

[2]) Mot. z. KO. Bd. 2 S. 422.

[3]) Jaeger, KO. Anm. 14 zu § 193.

schlossen, so werden die Konkursforderungen entsprechend dem Vergleich gemindert, einerlei ob die Gläubiger an dem Verfahren teilgenommen haben oder nicht. Es wird also die Hauptverbindlichkeit wie auch der event. Ersatzanspruch des Gläubigers entsprechend dem Zwangsvergleich gemindert. Betrug z. B. die Hauptforderung 1000 Mk. und wird ein Zwangsvergleich geschlossen, nach dem die Gläubiger 50 % ihrer Forderungen erhalten sollen, so braucht der Hauptschuldner bezw. die Konkursmasse niemals mehr wie 500 Mk. wegen jener Schuld zu bezahlen. Es gilt die Bezahlung der Zwangsvergleichsrate als Vollzahlung der Schuld. Deshalb ist der Bürge zwar Konkursgläubiger, er kommt jedoch als solcher nur in Betracht, wenn der Gläubiger selbst seine Rechte nicht geltend macht oder bereits vollständig befriedigt ist. Bezahlt also der Bürge dem Gläubiger unter der obigen Annahme die Forderung von 1000 Mk., so kann er von dem Hauptschuldner bezw. der Konkursmasse nur 500 Mk. erstattet verlangen. Nimmt der Gläubiger an dem Konkursverfahren teil und erhält er aus der Konkursmasse 500 Mk. ausbezahlt, so bleibt der Bürge dem Gläubiger für die restlichen 500 Mk. verhaftet. Der Bürge kann aber wegen des von ihm zu zahlenden Ausfalls keine Rechte gegen den Hauptschuldner bezw. gegen die Konkursmasse geltend machen. Auch dann nicht, wenn seine Rückgriffsforderung außer auf § 774 Abs. 1 BGB. auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen sollte.

Die Richtigkeit vorstehender Sätze ist in der Theorie und Praxis allgemein anerkannt. Es mag deshalb nur kurz verwiesen werden auf:

Jaeger Anm. zu § 193 und bes. § 67 Anm. 5 u. 6 KO.;
v. Wilmowski § 193, bes. Anm. 11;
Hellmann § 51, bes. S. 531;
Willenbücher § 193 Anm. 11;

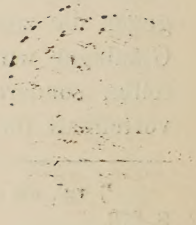
auf die Entscheidungen des Reichsgerichts:

RG. Bd. 14 S. 176;
RG. Bd. 32 S. 84 ff.;
RG. Bd. 37 S. 1 ff.;
JurW. 1906 S. 37.

Zur Berechtigung dieser Ausnahmebestimmung mag noch hervorgehoben werden, daß der Zwangsvergleich doch kein freiwilliger Vergleich im Sinne des § 779 BGB. ist.[1]) Es sollten auch diejenigen Gläubiger, welche durch Bürgen gesichert sind, nicht dazu verleitet werden, aus persönlichen Rücksichten gegen das Interesse der Gesamtheit zu stimmen. Endlich soll noch folgende Ausführung von Wilmowski angeführt werden, der in Übereinstimmung mit den Motiven sagt:

„Der Vergleich ist keine freiwillige Liberalität des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner, sondern entspringt aus einem gegen die zustimmenden ebenso wie gegen die widersprechenden Gläubiger wirkenden Zwang der Umstände, er ist nicht als nachteilig, sondern durch Vermeidung eines größeren Ausfalls als vorteilhaft für den Bürgen anzusehen".

---

[1]) vgl. die Ausführungen von Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 120, bes. S. 813.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.